

L' « INTERNATIONALISATION » DES CONSTITUTIONS NATIONALES¹

SYLVIE TORCOL

Maître de Conférences à la Faculté de Droit de Toulon.
Centre d'Etudes et de Recherches sur les Contentieux (C.E.R.C.)

INTRODUCTION

1. Le concept d'internationalisation
2. Le choix du terme « internationalisation »
3. Les limites du concept
4. Internationalisation ou supraconstitutionnalité : quelques mises au point

I : Des Constitutions confisquées

A/ Les constitutions « sous tutelle internationale » : conséquence d'un rapport de force

1. La constitution « encadrée » par un acte international
 - a. Internationalisation partielle
 - b. Internationalisation totale
2. La constitution « encadrée », résultat d'une « situation de fait »

B/ Les constitutions « sous tutelle européenne » : conséquence d'une obligation de conformité

1. La « compatibilité » des constitutions européennes au droit communautaire
2. La « conformité » des Constitutions européennes aux standards de la démocratie pluraliste
 - a/ L'influence du modèle européen
 - b/ L'ingénierie constitutionnelle

II : Des Constitutions « génétiquement modifiées »

A. La Constitution n'est plus uniquement l'« acte de fondation » de l'Etat

1. La notion de « Constitution » n'est pas figée
2. La vision « créationniste » de l'acte constituant doit être remise en cause

B. La Constitution est aussi un « acte d'adhésion » à l'Europe démocratique

¹ Voir sur ce thème mais dans un cadre d'analyse tout à fait différent, TOURARD, H. *L'internationalisation des constitutions nationales*. Paris : L.G.D.J., 2000. 724 p.

Dans sa préface à l'ouvrage de Joël Gerkrath, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*², le Professeur Vlad Constantinesco nous met en garde : la construction communautaire ne doit pas nécessairement être comprise comme une menace pesant sur les identités nationales ou la démocratie mais comme une chance de promouvoir ce qui forme leur identité commune et la justification de leur volonté d'autonomie, tout en maîtrisant ensemble un destin désormais partagé. « La forme juridique et politique particulière que prend cette construction originale, loin d'écarter une perspective constitutionnelle, la rend particulièrement nécessaire et pertinente aujourd'hui »³.

La lecture d'un phénomène inédit (la construction d'une entité politique supra étatique) au moyen des théories élaborées par le droit constitutionnel classique soulève bien des équivoques. Malgré tout, de nombreux auteurs, pour la plupart souverainistes, voudraient que les principes d'organisation politique élaborés à la fin du XVIIIe siècle et clarifiés, développés, garantis au cours des XIXe et XXe siècles soient considérés comme définitifs. Leur démonstration paraît sans faille et peut s'autoriser d'une doctrine qui présente le mérite apparent de la cohérence. Mais leur position vient se heurter à la réalité : car « l'inconcevable » est une réalité concrète : *l'internationalisation des Constitutions nationales* est un phénomène observable, quantifiable et la dynamique de la construction européenne est irréversible.

Dans ce contexte, l'internationalisation apparaît comme le produit d'une convergence du droit constitutionnel et du droit international dans le cadre d'une société internationale de plus en plus intégrée. Ainsi, l'Etat est-il encadré dans l'exercice de sa souveraineté interne et internationale : la puissance étatique est, tout à la fois – dans l'ordre externe et dans l'ordre interne – limitée et fondée, encadrée et garantie par un droit que, génériquement, on peut dire super-étatique. Mais le terme même d'internationalisation demande que l'on s'y attarde particulièrement, tant pour tenter d'en définir les contours que pour en expliquer les effets.

1. Le concept d'internationalisation

L'idée qu'il existe une tendance inéluctable à l'unification du monde ne date pas d'aujourd'hui. Et même si cette unification s'entend le plus souvent dans les domaines économiques et culturels, la référence à un droit « cosmopolitique » a des sources très anciennes. La pensée philosophique grecque de l'Antiquité, en rattachant la question du droit au concept de justice, – ce qui est devenu une constante dans la culture occidentale – fait du « droit » un universel abstrait. La pensée chrétienne, en ne valorisant que l'homme, parce que seul l'homme pourrait être sujet au salut, universalise et « cosmopolitise » également le « droit » dans l'image de la dignité d'hommes universellement égaux entre eux. La pensée rationaliste de « la modernité »⁴ a aussi repris l'idée pour la concrétiser sous forme d'une fraternité universelle. Et si nous nous rapportons à Kant⁵, c'est bien l'idée d'une paix perpétuelle, où l'homme renonce à l'hostilité des uns envers les autres, qui se concrétise dans

² GERKRATH, J. *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*. Bruxelles : Editions de l'Université, 1997. p. 12.

³ *Idem*.

⁴ En entendant ce terme comme on le fait en France depuis ARNAUD, A-J. et CHEVALLIER, J. c'est-à-dire comme désignant le droit libéral individualiste de la période post-révolutionnaire.

⁵ KANT, E. *Projet de paix perpétuelle*. Traduction de J. Gibelin. Rééd. Paris : Librairie philosophique J. VRIN, 1990. 86 p.

le projet d'un droit cosmopolitique. Plus récemment, c'est Jean-Marc Ferry⁶ qui reprend à son compte l'idée d'un Etat européen (Etat de droit cosmopolitique) fondé sur une « double référence normative aux droits de l'Homme (ou droits fondamentaux des individus) et aux droits des gens (ou droits fondamentaux des peuples) », et dont le droit public apparaîtrait « comme une synthèse du droit interne et du droit international »⁷. Cette synthèse – si synthèse il y a – n'est cependant pas exclusive de complexité. Nous tâcherons de nous en expliquer, après avoir justifié le choix de ce terme.

2. Le choix du terme « internationalisation »

La philosophie et la philosophie politique présentent le droit mondial non seulement comme souhaitable mais encore comme inéluctable. Et c'est sans aucun doute – comme le prétend J.-M. Ferry – par le droit public que se fera l'harmonisation des systèmes.

Pourquoi internationalisation alors que cette étude portera essentiellement sur le phénomène européen ? Et pourquoi n'avoir pas préféré des termes « à la mode » tels que mondialisation, globalisation, ou encore, terme plus adapté à l'espace étudié, « européanisation » ? Ils recouvrent certes, une part importante de la réalité que nous entendons décrire. Mais ils le font en des termes trop vagues, moins spécifiques à notre discipline ou encore trop réducteurs et donc susceptibles d'entretenir l'équivoque. C'est la première justification de ce choix : le terme d'internationalisation s'est imposé comme une évidence. D'ailleurs, la doctrine a d'ores et déjà accaparé le mot, même si son sens varie selon les auteurs. Il nous appartiendra, bien entendu, d'en donner **notre définition**. Mais qu'il s'agisse de « Constitutions internationalisées », ou d'« internationalisation des Constitutions nationales ou étatiques », les rares contributions doctrinales⁸ analysant le phénomène utilisent toutes la même terminologie.

En second lieu, les concepts de « mondialisation » ou de « globalisation » employés à tout propos, ne nous semblent pas pouvoir s'adapter au phénomène que nous décrivons justement en raison de leur surcharge sémantique. Ils ont été tellement « récupérés » pour désigner les situations les plus diverses qu'ils finissent par signifier tout et rien à la fois – comme tout ce qui participe d'un simple effet de mode.

Quant à l'expression, d'« européanisation des Constitutions nationales », elle nous a un moment tentée avant de réaliser qu'elle 'localiserait' notre réflexion dès le départ et nous priverait d'éléments de comparaison. Or, un phénomène gagne à être étudié à la lumière de situations similaires ou sensiblement identiques. La référence au droit international, bien plus large et englobante nous a semblé définitivement plus pertinente.

⁶ Professeur de sciences politiques et de philosophie à l'Université libre de Bruxelles.

⁷ FERRY, J.-M. *La question de l'Etat européen*. Paris : Gallimard, 2000. p. 10.

⁸ Se rapporter aux travaux de : TOURARD, H. *L'internationalisation des constitutions nationales*. *op.cit.* ; MAZIAU, N. Les Constitutions internationalisées. Aspects théoriques et essai de typologie. In le site du Centre de Recherche et de Formation sur le Droit constitutionnel comparé de Sienne (Italie). Disponible sur http://www.unisi.it/ricersa/dip/dir_eco/COMPARATTO/maziau.doc consulté le 07 juin 2002. MOUTON, J.-D. Les mutations de la notion de Constitution et le droit international. In Les mutations de la notion de Constitution, entre mondialisation et nouveaux conflits. *Civitas Europa* (revue). Mars 2001, n°6, pp. 23-38 : qui parle de « l'internationalisation des Constitutions étatiques » ; l'ouvrage très récent de CONSTANTINESCO, V. PIERRE-CAPS, S. *Droit constitutionnel*. Paris : P.U.F. 2004. Coll. Thémis, droit public, notamment au chapitre 2 intitulé « L'internationalisation des constitutions », pp. 213-235 et aussi TORCOL, S. *Les mutations du constitutionnalisme à l'épreuve de la construction européenne. Essai critique sur l'ingénierie constitutionnelle*. Toulon : Thèse Droit public. 2002. 402 p. (dir. J.Jacques SUEUR), (publication Lille : A.N.R.T.), notamment pp. 179-206.

3. Les limites du concept

L'internationalisation du droit public n'est pas nouvelle : elle a été décrite pour la première fois par Georges Dor, dans les années 30, comme une tendance à l'harmonisation des concepts de droit constitutionnel entre les Etats. Pour lui, l'internationalisation consiste dans le développement des matières constitutionnelles susceptibles de faire l'objet d'une réglementation internationale pour aboutir, dans un futur plus ou moins proche à une unification du droit public au plus grand profit des individus, des formations étatiques et de la collectivité internationale⁹. Mais « il exclut d'un tel rapprochement les principes constitutionnels qui se meuvent dans la sphère des intérêts politiques, c'est-à-dire qui ont trait à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs »¹⁰. Dans le même temps, – les années 1930 – Boris Mirkine-Guetzévitch analyse « les nouvelles tendances du droit constitutionnel »¹¹ et remarque que plus on s'approche de la fin de la guerre¹², plus on constate la nécessité d'un nouveau droit public européen ; le processus se développe dans deux directions : la recherche d'un ordre juridique international, s'appuyant sur l'édifice non encore achevé de la Société des Nations, mais aussi celle d'une nouvelle organisation nationale sur la voie d'un nouveau droit constitutionnel démocratique¹³. « L'internationalisation du droit public est, pour cet auteur, une mise en harmonie des règles internationales et des Constitutions nationales »¹⁴. Ce qui, ramené à la construction européenne, ressemble à une prophétie.

Ce n'est qu'à la fin des années 80, que le sujet est revenu à l'ordre du jour pour devenir récurrent dans la perspective de l'unification (ou de la construction) européenne. Mais le thème est interprété très diversement par la doctrine. Dans sa thèse sur *L'internationalisation des Constitutions nationales*, Hélène Tourard reprend à son compte la définition de Louis Delbez¹⁵ : « Internationaliser un rapport juridique – ou une situation juridique, c'est-à-dire un ensemble de rapports –, c'est soustraire ce rapport au droit interne, qui le régissait jusqu'alors, et le placer sous l'emprise du droit international, qui le régira dorénavant. [...] Il n'existe pas de principe de démarcation permettant de fixer *in abstracto* et en termes généraux la configuration de ce domaine réservé ». Dans cette perspective, l'internationalisation signifierait donc avant tout un phénomène de « désétatisation », la référence à un espace public supra-national en attente de constitution, se définissant en négatif, avant de revêtir une signification constructive.

Pour le Professeur Nicolas Maziau, « l'internationalisation [*du pouvoir constituant*] est le produit direct de l'évolution de la société internationale et, en particulier, des rapports que les Etats entretiennent avec la souveraineté »¹⁶. Il y voit même « une exception aux principes de non-ingérence et d'autonomie constitutionnelle »¹⁷ et l'aboutissement de l'évolution du droit international. « En incorporant le processus constituant dans des rapports de droit international, celui-ci franchit une étape dans la dépossession du droit constitutionnel

⁹ DOR, G. Contribution à l'étude du problème de l'internationalisation des règles de droit public interne. In *Mélanges MAHAIM*. Paris : Sirey, 1935, tome 2, p. 117.

¹⁰ TOURARD, H. *op. cit.*, p. 12.

¹¹ MIRKINE-GUETZEVITCH, B. Les nouvelles tendances du droit constitutionnel. *R.D.P.* 1928, vol.45, pp. 12-53.

¹² De la 1^{ère} guerre mondiale.

¹³ Sur ce point : MIRKINE-GUETZEVITCH, B. Les nouvelles tendances... art. précité. p. 14.

¹⁴ TOURARD, H. *op. cit.*, p.12.

¹⁵ donnée dans la *R.G.D.I.P.* en 1967 : DELBEZ, L. Le concept d'internationalisation. pp. 5 et s.

¹⁶ MAZIAU, art. précité. p. 3.

¹⁷ *Ibid.*, p. 4.

de sa sphère originelle de compétences »¹⁸. Quant à Jean-Denis Mouton, il avoue une conception dynamique de l'internationalisation qui conduit nécessairement à une présentation « dichotomique et cosmopolitique »¹⁹ du phénomène. Pour ce dernier, par exemple, il importe de distinguer le processus – l'internationalisation des Constitutions nationales – du résultat prévisible : la constitutionnalisation de l'Etat mondial. Nicolas Maziau, répond en décrivant – lui aussi – deux conséquences du même phénomène : **l'internationalisation du pouvoir constituant** et **la constitutionnalisation du droit international**. De cette seconde alternative, il donne la définition suivante : « Elle correspond à [...] la volonté de l'Etat de renforcer l'intégration du droit international dans son ordre interne en lui reconnaissant une valeur constitutionnelle »²⁰.

Quid donc d'une définition consensuelle sauf à remarquer que dans tous les cas, l'internationalisation des constitutions est un phénomène « dichotomique » ...

Ce qui est incontestable, en revanche, c'est que l'internationalisation est à la fois l'expression d'un rapport de forces dominant/dominé et celle d'une certaine « vision du monde », le choix – accepté ? contraint ? – d'une définition de l'ordre politique et du rapport gouvernants/gouvernés. C'est donc par pure convention de langage que nous définirons « l'internationalisation » des Constitutions nationales, à la fois comme « **l'harmonisation** » **des systèmes constitutionnels étatiques autour de standards démocratiques – essentiellement ceux du conseil de l'Europe – mais aussi comme la soumission de rapports juridiques de droit interne à des règles internationales et/ou communautaires**. Cette définition fait délibérément abstraction, pour le moment, du contexte de violence politique dans lequel s'inscrit, le plus souvent, l'internationalisation du droit constitutionnel. Nous reviendrons sur ce point, lorsqu'il s'agira de proposer une typologie des Constitutions européennes.

A peine proposée, cette définition risque de ranimer un vieux débat que refusent désormais beaucoup de constitutionnalistes pour avoir été trop souvent ouvert et jamais refermé : celui de l'éventualité d'une supraconstitutionnalité européenne. La référence à des principes communs, à un patrimoine constitutionnel européen ou bien encore à des standards de démocratie nous oblige, par conséquent, à nous expliquer sur ce point.

4. Internationalisation ou supraconstitutionnalité : quelques mises au point

Le débat doctrinal en question a surgi ou rebondi en France, à l'occasion de la décision rendue en 1992 par le Conseil constitutionnel à propos de la ratification du traité sur l'Union européenne²¹. Il a sans doute fait long feu dans les termes où il a été posé à cette époque.

Le mot lui-même est dépassé. Evitant de parler de supraconstitutionnalité, la plupart des juristes recourent à des vocables de substitution pour démontrer que le contenu du concept a changé. Pour Louis Favoreu, on assiste, en Europe à un phénomène de civilisation – juridicisation croissante de la « supraconstitutionnalité » (les cours et tribunaux en sont le principal vecteur) : jusqu'à l'après-guerre, la supraconstitutionnalité était en effet synonyme de droit naturel, « voire surnaturel »²². Ce n'est que depuis les années 50, qu'on y intègre « des normes de droit positif tirées du droit international ou du droit communautaire et européen et que l'on peut dénommer – faute de mieux – des normes internationales ou

¹⁸ *Ibid.*, pp. 4-5.

¹⁹ MOUTON, J.-D. Les mutations de la notion de Constitution ... art. précité. p. 23.

²⁰ MAZIAU, N. art. précité. p. 5.

²¹ Cf. 92-912 DC, 2 sept 1992, *R.J.C.* p. I-505. Publiée au J.O du 3 septembre 1992.

²² FAVOREU, L. Souveraineté et supraconstitutionnalité. *Pouvoirs*. 1993, n°67, p. 74.

supranationales supraconstitutionnelles. On peut même considérer que des jurisprudences concordantes des cours constitutionnelles découlent une série de principes communs à l'ordre constitutionnel des divers pays européens, et que l'on peut appeler des "normes transnationales supraconstitutionnelles" »²³.

Mais G. Vedel récuse cette manière de poser le problème et de décrire le phénomène. Selon lui, la notion de supraconstitutionnalité ne peut se situer ni dans le droit naturel lui-même (elle ne fait que s'en inspirer), ni (encore moins) dans le droit positif français. La supraconstitutionnalité évoluerait dans un « site extra-juridique » et serait même une « perversion latente de la logique juridique ». Pour l'auteur, cette affirmation s'incarne au travers de deux institutions essentielles de notre système juridique : la souveraineté du pouvoir constituant d'une part, et l'existence d'un juge constitutionnel d'autre part. Pour l'auteur, le pouvoir constituant est souverain quelle que soit la forme qu'il emprunte – dérivé ou originaire – et la supraconstitutionnalité ne peut qu'aller à l'encontre de ce postulat, puisqu'elle imposerait des limites matérielles à l'intervention du constituant, limites qui ne peuvent être assimilées à des règles de droit par les juristes d'obédience positiviste. **Seule une supraconstitutionnalité au niveau international²⁴ est aujourd'hui concevable**, eu égard à l'évolution de la place du droit international : « [...] précisons qu'il n'y a pas, à nos yeux, d'objection véritable à ce que certaines règles de droit international soient supérieures à la Constitution nationale. [...] Que cette supériorité de la norme internationale sur la norme nationale soit regardée comme relevant du concept de « supraconstitutionnalité » est grammaticalement acceptable. »²⁵. En droit interne²⁶, en revanche, la thèse n'est pas viable ; le pouvoir constituant est souverain, y compris lorsqu'il est formellement et organiquement dit « dérivé » : son uniformité implique que, quelle que soit la forme dans laquelle il s'exerce, il ne puisse se lier lui-même, sous peine de n'avoir jamais existé, ou de ne plus exister. La supraconstitutionnalité est donc un mythe, l'on ne peut effectivement mettre sous surveillance le pouvoir suprême, voire le mettre à l'écart. Mais, au delà de cette vision mécanique du « principe », on le pressent, la question reste posée des limites matérielles du pouvoir constituant autrement dit de l'exclusivisme étatique en matière constitutionnelle.

Dans le cadre européen, « certains suggèrent que l'on pourrait trouver dans la convergence incontestablement réelle et fréquente des Constitutions démocratiques et des jurisprudences nationales correspondantes une sorte de "corpus" qui, en dehors de toute convention formelle, aurait acquis force juridique et qui s'imposerait comme exprimant le consensus de "la masse des hommes vivant en société (internationale)". Ces convergences, particulièrement sensibles dans la matière des droits et libertés, devraient être regardées comme des normes supraconstitutionnelles »²⁷. Mais s'il considère cette hypothèse, G. Vedel la récuse immédiatement : ce serait une confusion des genres que de prétendre déduire d'une constatation de droit comparé, une norme internationale.

Or si cette harmonisation des Constitutions nationales ne peut se justifier par le respect de normes supraconstitutionnelles, comment expliquer le phénomène ? La seule réponse valable, selon nous, c'est que nous ne nous situons pas dans un système normatif hiérarchisé – c'est-à-dire dans le cadre d'application d'un droit constitutionnel vertical – mais dans **un système de convergence horizontale des valeurs**. L'internationalisation des Constitutions nationales serait le constat de cette convergence, le résultat de l'internationalisation d'une

²³ *Idem.*

²⁴ Mis en gras par nous. Supraconstitutionnalité externe selon FAVOREU, L. *idem.*

²⁵ VEDEL, G. Souveraineté et supraconstitutionnalité. *Pouvoirs*. 1993, n°67, p. 80.

²⁶ Supraconstitutionnalité interne.

²⁷ VEDEL, G. Souveraineté... art. précité, p. 88.

partie du pouvoir constituant des Etats européens, l'expression d'une « **métaconstitutionnalité** » européenne. Toute la difficulté tient au fait que nous sommes en présence d'un processus dynamique et innommé alors que les juristes ont l'habitude et même parfois l'obligation de nommer les concepts auxquels ils ont recours. Simplifions donc : la formation d'un droit public européen, si elle doit se faire, se fera en deux phases : la mise à plat des systèmes juridiques des Etats et, dans un second temps, la formation d'un droit constitutionnel vertical destiné à formaliser un Europe politique. On peut y voir le constat de décès du kelsenisme et de sa vision hiérarchique du droit. C'est probablement vrai : le droit selon Kelsen est celui des Etats souverains. Et l'on sait bien que même les non-kelséniens raisonnent souvent à partir de schémas d'analyse (inconscients) qu'ils empruntent au maître autrichien²⁸.

La problématique de l'internationalisation étant désormais circonscrite, nous devons maintenant envisager (et selon la définition que nous en avons donnée), dans un premier temps, les différentes situations amenant à l'internationalisation des constitutions nationales (I), mais également les conséquences d'un tel phénomène sur la notion de Constitution elle-même et par ricochet sur celle de pouvoir constituant (II).

D'ores et déjà, qu'il nous soit pardonné de ne pas avoir visé l'exhaustivité des cas d'internationalisation des constitutions : d'abord, parce que certains cas d'internationalisation ont ponctuellement été commentés, mais aussi parce que l'énormité du sujet demande sans doute que l'on y revienne plusieurs fois

I : Des Constitution confisquées

Ce qui est difficilement concevable – voire même supportable – pour un juriste constitutionnaliste, c'est d'avoir à constater la dépossession du pouvoir constituant.

Et pourtant, les différents types d'internationalisations aboutissent toujours à mettre le pouvoir constituant « sous tutelle » voire à le confisquer définitivement. Ce phénomène n'est ni récent ni localisé. Mais il est plus ou moins marqué selon les parties du monde et les époques.

« [...] force est de constater que le développement des relations conventionnelles entre les Etats depuis le lendemain de la Seconde Guerre mondiale (chaque État recevant d'ailleurs de sa propre constitution sa compétence à s'engager et à être lié par traité), a produit un véritable *corpus conventionnel international* qui n'est pas resté sans incidences sur les constitutions nationales. Les constitutions nationales, longtemps à l'état de monades isolées, sont aujourd'hui reliées les unes aux autres par *une trame conventionnelle internationale* que les États ont peu à peu tissée, et qui les enveloppe d'un dense *réseau* d'obligations juridiques dont ils peuvent être éventuellement comptables devant des juridictions internationales »²⁹.

Hors d'Europe, il est possible de repérer certaines particularités, qui par analogie, permettent de souligner l'originalité de l'expérience européenne, c'est la raison pour laquelle, elles n'ont pas été écartées de cette analyse : elles permettent une meilleure compréhension du

²⁸ Il n'est pas possible d'évacuer KELSEN ainsi : Il représente un moment du processus dialectique qui est à l'œuvre dans l'histoire européenne depuis les XVIe-XVIIe. Il systématise une certaine conception des rapports Droit/Etat, etc. Tout ce qu'on peut lui reprocher c'est de mettre l'histoire entre parenthèses, d'imaginer que la réalité politique qu'il a sous les yeux est fixée, une fois pour toutes, *ne varietur*.

²⁹ CONSTANTINESCO, V. PIERRE-CAPS, S. *Droit constitutionnel. Op. cit.*, p. 213.

sujet. On y voit le pouvoir constituant « mis sous surveillance » ou « sous perfusion », tandis que cette internationalisation, généralement issue d'un conflit plus ou moins long, apparaît comme un mode de régulation des relations internationales.

L'internationalisation des Constitutions nationales ne résulte pas d'un processus unique et relève de logiques différentes. Les Constitutions internationalisées peuvent l'être à des degrés différents. C'est pourquoi il nous appartient de différencier ces mécanismes en tentant une typologie³⁰ : l'internationalisation peut être partielle ou totale ; elle peut procéder de situations très différentes comme la contrainte internationale après un conflit (A) ou bien se réduire à une simple mise sous tutelle dans le cadre d'une pré-adhésion à l'Union européenne (B). Il est bien évident que ce sont là, des cas d'espèces très hétérogènes. Nous nous en tiendrons donc à une typologie des situations les plus fréquentes ou en tous cas les plus exemplaires.

A/ Les constitutions « sous tutelle internationale » : conséquence d'un rapport de force

L'internationalisation d'une Constitution peut résulter d'un traité ou d'un acte de droit international ; traduction d'un rapport de force. Il s'agit d'encadrer, voire de confisquer définitivement ou temporairement le pouvoir constituant d'un Etat pour pallier sa défaillance ou assurer la paix après un conflit. C'est un phénomène qui, paradoxalement, n'intéresse que très peu la doctrine. Il existe pourtant depuis longtemps avec, par exemple, l'institution des mandats ou de la tutelle imposée par la SDN ou l'ONU. Cependant, nous sommes bien là en présence de deux situations de nature différente, comme l'observe J. D. Mouton : « le pacte de la SDN et la Charte de l'ONU assignaient aux puissances mandataires ou aux autorités de tutelle la mission de créer les conditions qui permettraient aux peuples concernés de se doter d'Etats et de Constitutions »³¹. Cependant, le but de ce processus particulier n'est pas tant la démocratisation que le retour à la paix – interne ou entre Etats. Dans ce cas, on peut parler d'internationalisation fonctionnelle ou « stratégique » (N. Maziau) ; l'intervention internationale ayant d'abord pour but d'assurer la paix : « le droit à la sécurité et à la vie n'est-il pas le premier des droits fondamentaux des individus et des peuples ? »³²

L'urgence et la gravité de la situation légitiment cette internationalisation du pouvoir constituant. Peu importe d'ailleurs la nature du conflit – externe ou interne³³. Comme souvent s'agissant de rendre compte de situations ou de rapports de force, le choix d'un critère formel (nature et portée de l'acte qui opère l'internationalisation) se révèle pertinent en première analyse. On opposera donc deux types d'internationalisations selon la nature du procédé employé pour la mettre en pratique.

³⁰ La typologie que nous proposons dans cette étude a été largement inspirée par l'article précité du Professeur MAZIAU (Les Constitutions internationalisées. Aspects théoriques et essai de typologie.).

³¹ MOUTON, J-D. Les mutations de la notion de Constitution... art. précité. p. 27.

³² Mis en gras par nous. *Ibid.*, p. 27.

³³ « En effet, en cas de grave instabilité, voire lorsque la pérennité même de l'Etat est menacée, il peut être nécessaire d'organiser sa mise sous tutelle temporaire, avec son consentement, dès lors que l'intervention de la communauté internationale a pour objectif d'aider l'Etat à recourir à des conditions normales d'exercice de sa souveraineté », in MAZIAU, N. *Ibid.*, p.18.

3. La constitution « encadrée » par un acte international

Dans ce type d'internationalisation, la « captation » du pouvoir constituant peut être totale ou simplement partielle.

- **Internationalisation partielle**

L'internationalisation est partielle lorsque l'acte de droit international (traité ou résolution par exemple) prévoit que les constituants d'un Etat considéré doivent respecter les principes qu'il énonce. Ce fut le cas en Afrique où certaines Constitutions ont été « orchestrées » par des puissances étrangères afin d'intégrer dans le nouveau texte constitutionnel, les valeurs de la démocratie pluraliste. Par exemple, l'élaboration de la Constitution de Namibie du 9 février 1990 a donné lieu à une internationalisation partielle du pouvoir constituant, sur un mode assez particulier, puisque l'Assemblée constituante a dû tenir compte de principes dont le respect lui était imposé par des puissances étrangères soutenues par l'ONU.

L'exemple du Cambodge est encore plus probant. La communauté internationale y a joué un rôle important en 1991 lorsque les factions cambodgiennes ont accepté de se retrouver à la table des négociations et de partager le pouvoir. Les Accords de Paris du 23 octobre 1991 ont imposé une liste de principes devant servir à la rédaction de la nouvelle Constitution du Cambodge. Il ne s'agissait pas à proprement parler de principes directement applicables et susceptibles de prendre la forme constitutionnelle. En revanche, ils constituaient les lignes directrices dont l'Assemblée constituante devait s'inspirer.

Le cas plus récent de la Macédoine, pays potentiellement candidat à l'Union Européenne est assez significatif. Un Accord-cadre a été signé le 13 août 2001 dont l'objectif, ainsi qu'il est indiqué dans son Préambule, était de favoriser « le développement pacifique et harmonieux de la société civile tout en respectant l'identité ethnique et les intérêts de tous les citoyens macédoniens »³⁴, ce qui signifiait l'octroi à la minorité nationale albanaise de Macédoine de droits supérieurs à ceux dont elle bénéficiait antérieurement. En posant les principes de base de l'organisation de la future société macédonienne – entre autres le non-recours à la violence, la souveraineté et l'intégrité territoriale de la Macédoine antique, le caractère multi-ethnique de la société macédonienne – ; l'Accord préfigurait les futurs changements constitutionnels et législatifs à entreprendre. Il stipulait l'instauration d'un Etat de droit sur tout le territoire macédonien, prévoyait que l'OTAN pourrait apporter une aide à ce désarmement, ce qui serait le premier pas vers les changements à mettre en œuvre et le signe précurseur de l'assainissement de la société civile macédonienne.

Deux phases de réformes ont été nécessaires afin de mettre en œuvre l'Accord d'Ohrid. Dans la première, il s'agissait d'amender la Constitution afin de l'adapter aux nouvelles exigences fixées par l'Accord. Ces principes ont finalement mené à l'adoption de quinze amendements à la Constitution macédonienne qui, outre des modifications techniques, ont permis un compromis historique concernant la formulation du Préambule de la Constitution. Désormais, il n'y est plus question du seul « peuple macédonien » mais du « peuple macédonien et des peuples qui cohabitent sur le territoire macédonien », tels que les peuples albanais, valaque, gitan, bosniaque. Dans une deuxième phase, cette solution est apparue insatisfaisante pour les deux parties, macédonienne de souche et albanophone. Comme très souvent dans des cas de modifications constitutionnelles ou législatives hâtives, la solution préconisée ne s'est pas révélée la meilleure, mais plutôt la moins mauvaise.

Le cas macédonien présente donc, on le voit, un caractère exemplaire : par la lisibilité de l'intervention internationale – son degré d'institutionnalisation –, et aussi par le rôle

³⁴ Mis en gras par nous.

explicitement dévolu au droit constitutionnel et à la technique juridique dans la perspective d'une pacification de la région. Mais il ne s'agit encore que d'une internationalisation partielle parce que la Constitution, règle de droit par excellence, n'est qu'un des éléments de ce processus de paix.

- **Internationalisation totale**

Il n'en va pas de même dans le second cas de figure : « L'internationalisation totale du pouvoir constituant signifie que le processus d'élaboration de la Constitution est tout entier confié à l'ordre international, la Constitution étant elle-même insérée dans un traité international ».³⁵ Nicolas Maziau catégorise cette internationalisation intégrale du pouvoir constituant dans ce qu'il appelle les « Constitutions hétéronomes »³⁶. Quant à Stéphane Pierré-Caps, il préfère parler « d' "Anti constitutions" tant ces documents représentent l'exact opposé de ce que l'idée couramment admise de Constitution exprime généralement »³⁷. Entendons : l'idée de la Constitution conçue comme un contrat, un engagement du peuple avec lui-même, fondant la légitimité du pouvoir politique.

Le cas de la Bosnie-Herzégovine témoigne de ce transfert total du pouvoir constituant originaire au législateur international. C'est le cas le plus flagrant mais aussi le plus inquiétant de ce type d'internationalisation,³⁸ c'est aussi celui qui a suscité le plus de commentaires³⁹.

Au carrefour de l'Orient et de l'Occident, la Bosnie-Herzégovine est marquée par l'imbrication des nationalités et des religions. À la fin de février 1992, un référendum, boycotté par les Serbes, approuve l'indépendance de la République ; celle-ci est reconnue par la communauté internationale en avril de la même année. Mais des courants nationalistes régressifs et xénophobes vont se développer, entraînant la population tout entière dans un conflit meurtrier où les compromis sont perpétuellement bafoués. Des républiques autoproclamées se forment rapidement⁴⁰. En 1995, une intervention armée de la communauté internationale permet de mettre fin au conflit. Elle est immédiatement suivie par la mise en place d'un système inédit de protectorat destiné à garantir le maintien de la paix et à permettre l'établissement d'institutions démocratiques fondées sur le respect de l'Etat de droit. C'est le traité de Dayton, signé le 14 décembre 1995⁴¹. Onze annexes constituent « l'Accord-cadre général pour la paix en Bosnie-Herzégovine ». L'annexe 4 édicte la Constitution de Bosnie. Faute d'accord possible entre les parties, la communauté internationale s'est substituée au peuple souverain pour rédiger cette nouvelle Constitution qui « annule et remplace » – comme un simple document administratif – l'ancienne Constitution en vigueur⁴². Cette dernière

³⁵ MAZIAU, N. art. précité. p. 24.

³⁶ *Idem*. Hétéronome adj. : Didac. dont la conduite est régie par des lois reçues de l'extérieur. Ant. : autonome. © Hachette Multimédia / Hachette Livre, 2000

³⁷ PIERRE-CAPS, S. La Bosnie-Herzégovine : un Etat virtuel ? *Civitas europa*. 2000, n°4, p. 36.

³⁸ Même si l'on peut également citer le cas de la République de Chypre (en 1960). Mais il s'agissait de créer un Etat ce qui ne fut pas le cas de la Bosnie-Herzégovine.

³⁹ Voir notamment, SIERPINSKI, B. La Constitution de Bosnie-Herzégovine : un texte à la croisée de droit interne et du droit international. *R.R.J.- Droit prospectif*. 1997, pp.1053-1070, et PIERRE-CAPS, S. La Bosnie-Herzégovine : un Etat virtuel ? précité.

⁴⁰ La République serbe de Radovan KARADZIC (janvier 1992) et la République croate d'Herceg BOSNA DE MATE BOBAN.

⁴¹ 9 délégations furent présentes à Dayton : celles de Bosnie, de Croatie et de Serbie Monténégro (qui comprenait des membres de la République serbe de Bosnie). Les cinq délégations du groupe de contact (France, Allemagne, Grande-Bretagne, Russie et Etats-Unis) et une délégation de l'Union européenne dirigée par M. BILDT, de Suède. Chaque délégation comprenait des experts juridiques et des experts militaires.

⁴² Article XII.1 : « La présente Constitution entrera en vigueur dès la signature de l'Accord-cadre général en tant qu'acte constitutionnel qui annule et remplace la Constitution de la République de Bosnie-Herzégovine ».

prévoyait pourtant une procédure de révision tout à fait différente. Est-ce à dire que la simple signature des accords de Dayton vaut révolution juridique ? Pour ménager la souveraineté des Etats, on préserve « l'implication des peuples constituants »⁴³. La dernière clause du préambule affirme que : « Les Bosniaques, les Croates et les Serbes, en leur qualité de peuples constituants (avec d'autres) et de citoyens de la Bosnie-Herzégovine décident par la présente que la Constitution de Bosnie-Herzégovine sera la suivante ». Mais les mots ont du mal à cacher la réalité de ce type d'internationalisation.

Qualifiant cette Constitution de « prothèse normative » ou encore de pur « *artefact* », S. Pierré-Caps résume en ces termes l'internationalisation totale du pouvoir constituant : « Cette mise sous perfusion internationale d'un "*Etat défaillant*" tend bien à esquisser les contours de la Constitution de Bosnie-Herzégovine. Ainsi dépourvu de sa vocation instituante, le texte constitutionnel se trouve réduit à un rôle instrumental, destiné à justifier au plan interne, le maintien international d'une entité étatique bosniaque »⁴⁴.

La communauté internationale avait souhaité établir en Bosnie-Herzégovine un « grand chantier » ou un « grand laboratoire » de la démocratisation. Aujourd'hui, les voix qui s'élèvent pour dénoncer les divers dysfonctionnements du système mis en place, appellent à dresser le bilan de la reconstruction juridico-institutionnelle de cette ex-République yougoslave, dix ans après le début du conflit armé et après que les accords de Dayton y aient mis fin. Limitons-nous à constater que l'entité politique issue des accords de Dayton porte tellement la marque du conflit qui l'a vu naître qu'elle défie toutes les savantes théorisations de la doctrine traditionnelle : nous sommes en présence d'un Etat internationalisé dans sa composante normative et dans sa substance d'Etat.

Ce cas d'espèce reste encore – fort heureusement – extrêmement rare. Dans certaines situations, il n'est pas nécessaire de recourir à l'élaboration d'un acte de droit international pour mettre « sous tutelle » le pouvoir constituant des Etats. Il s'agit alors de l'expression d'un rapport de forces.

4. La constitution « encadrée », résultat d'une « situation de fait »

C'est ce que Nicolas Maziau appelle « l'encadrement du pouvoir constituant, résultat d'une situation de fait »⁴⁵ parce qu'aucun acte international concret ne va intervenir pour régler le conflit. Il s'agit d'un rapport de force entre Etat(s) vainqueur(s) et Etat(s) vaincu(s), souvent dans le cadre d'un régime d'occupation.

Ce fut le cas pour l'élaboration de la Loi fondamentale allemande (entrée en vigueur le 23 mai 1949). « C'est en pleine connaissance de cause que les Occidentaux ont pratiqué une *greffe* en convoquant en septembre 1948, un *Conseil parlementaire* [...] »⁴⁶. Ce *Parlamentarische Rat* fut chargé d'adopter une nouvelle Constitution démocratique dont le projet fut soumis à l'approbation du Conseil allié, puis au *Landtage*. Ce fut aussi le cas du Japon, où la Constitution du 3 mai 1947 fut adoptée sous l'influence du commandement américain des troupes d'occupation. « Sa base a été préparé en une courte période par le « Grand Conseil Général Allié » sous la direction du Général Mac-Arthur. [...] Le gouvernement et les parlementaires, élus directement au suffrage universel, n'ont que peu

⁴³ MAZIAU, N. art. précité. p. 24.

⁴⁴ PIERRE-CAPS, S. La Bosnie-Herzégovine... art. précité. p. 38.

⁴⁵ MAZIAU, N. art. précité. p. 214.

⁴⁶ GICQUEL, J. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 16^e édit. Paris : Montchrestien, 1999, p. 298.

retouché ce projet»⁴⁷. La démilitarisation du Japon est imposée ainsi qu'un régime parlementaire moniste. Un mode de révision – très lourd – est retenu par les américains afin d'éviter le « révisionnisme » toujours possible.

Dans les deux cas, l'internationalisation est normative et fonctionnelle à la fois : il s'agit bien toujours de garantir la paix, mais aussi de substituer un système juridique à un autre. S'il est vrai, comme le soutient H. Arendt, que le totalitarisme est synonyme de non-droit et dans une certaine mesure de non-Etat⁴⁸, l'internationalisation a ici valeur de réhabilitation de l'« Etat de droit » et le droit entendu au sens instrumental et normatif précède la reconstruction de l'Etat.

A la problématique que nous venons d'évoquer, répond le développement d'un autre type « d'internationalisation » directement lié à la construction européenne et qui oblige les Etats à « absorber » le droit communautaire mais aussi à se conformer aux « standards » de la démocratie européenne.

B/ Les constitutions « sous tutelle européenne » : conséquence d'une obligation de conformité

On l'aura compris, la Constitution – et particulièrement dans le contexte de la construction européenne – est aujourd'hui le résultat de multiples influences. A l'image d'une « éponge » elle absorbe des normes qui viennent de toutes parts. Ce phénomène s'est accentué au cours de la seconde moitié du XXe siècle

« Il est évident qu'au fil du temps, c'est-à-dire dans la perspective de l'intégration européenne, le contenu normatif des Constitutions nationales tend à devenir de plus en plus *perforé*, du fait de la pénétration du pouvoir euro-unitaire dans des domaines relevant des compétences étatiques traditionnelles, ce qui signifie *désintégration* ou en tout cas *ébranlement* et *dévaluation de la souveraineté* des États »⁴⁹.

Cette « immiscion » dans la souveraineté étatique va se faire selon deux circuits très différents et plus ou moins perceptibles.

1. La « compatibilité » des constitutions européennes au droit communautaire

Il ne s'agit pas ici d'évoquer la primauté du droit communautaire affirmée par un « coup d'audace » de la Cour de Justice en 1964⁵⁰. Dans ce cas, la conclusion d'accords internationaux provoque des modifications du droit interne mais pas directement de la Constitution. Il s'agit donc d'évoquer l'obligation de compatibilité entre les constitutions nationales et les textes communautaires. Nous ne reviendrons d'ailleurs sur ce point que de façon très brève, la question ayant été très souvent commentée.

Dans ce domaine, « Le Traité de Maastricht a joué un véritable rôle de révélateur. À cette occasion, et en raison des dispositions portant tant sur le droit de vote des citoyens des autres pays de l'Union européenne que sur la politique monétaire, un certain nombre de

⁴⁷ YAMAMOTO, H. Constitution, pacifisme et droits fondamentaux au Japon, *R.F.D.C.* 1995, n°24, p. 824.

⁴⁸ Par exemple, voir ARENDT, H. *Le système totalitaire*. Paris : Le Seuil, 1995, 313 p. Coll. Points Essais.

⁴⁹ MANESSIS, A. La constitution au seuil du XXIe siècle. In *Droit et justice. Mélanges en l'honneur de Nicolas VALTICOS*. Paris : Pédone, 1999. p. 683.

⁵⁰ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*.

controverses ont été soulevées. Tous les pays ont été obligés de confronter le contenu du traité de Maastricht et l'état de leur constitution nationale. Ce fut un préalable à la ratification par les douze pays membres de l'Union européenne du nouveau traité »⁵¹.

Dans la plupart des Etats (10 sur 12), des difficultés constitutionnelles se sont présentées au moment de l'examen des dispositions du Traité et cinq⁵² d'entre eux ont dû modifier leur Constitution. On se souvient de la « fièvre » qui a touché la France à ce moment là : fallait-il abandonner notre « âme » (de peuple souverain) à une Europe dont l'avenir était incertain ? Fallait-il accepter – à terme – la supériorité du droit communautaire sur nos options constitutionnelles ?

Le débat très sensible de la hiérarchie des normes est rouvert à chaque révision de notre Constitution⁵³, et il n'a pas manqué de s'enflammer lors de la décision du Conseil constitutionnel sur le Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Cette décision « ne pouvait qu'être attendue par les observateurs de sa jurisprudence compte tenu de l'évolution perceptible de celle-ci depuis sa décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 relative à la loi pour la confiance dans l'économie numérique. Très abondamment et contradictoirement commentée, cette décision avait, unanimement, été accueillie comme la marque d'une évolution notable dans l'appréhension par le juge constitutionnel français du droit communautaire et de l'Union, et, en particulier, du droit dérivé. On ne pouvait donc qu'attendre impatientement la position du Conseil constitutionnel sur le premier traité européen dénommé constitution et qui, quant au fond, incorporait une déclaration européenne des droits et affirmait, en termes non équivoques, le principe de la primauté de la Constitution européenne et du droit adopté par les institutions de l'Union sur le droit des Etats membres »⁵⁴. En l'occurrence, on pouvait, en effet, douter de la compatibilité avec la Constitution française de l'article I-6 de la Constitution européenne aux termes duquel « *la Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union (...) priment le droit des Etats membres* ». Mais après une analyse extrêmement convaincante des arguments du Conseil constitutionnel, le Professeur Levaide nous livre la clé de lecture de l'articulation entre droit interne et droit communautaire : « En définitive, la sérénité qui émane de la décision du Conseil constitutionnel résulte d'une clarification des rapports entre ordre juridique interne et ordre juridique de l'Union européenne. Par le constat premier de la compatibilité du principe de primauté et de la Charte des droits fondamentaux avec la Constitution française, le Conseil constitutionnel fait de la participation de la République française à la Communauté et à l'Union européenne un véritable « acquis constitutionnel ». Dès lors, son rôle n'est pas d'opérer la conciliation de deux ordres juridiques étrangers l'un à l'autre, mais de veiller à la pérennité de l'ordre juridique français auquel est constitutionnellement intégré un ordre juridique européen distinct de l'ordre juridique international. Dès lors, chaque transformation de l'ordre juridique européen emporte un questionnement sur les transformations consécutives pour l'ordre juridique national. Si, dans le cas du traité établissant une Constitution pour l'Europe, le constituant français doit procéder à une révision de la Constitution, ce n'est donc pas parce que le texte européen est constitutionnel, mais parce qu'il est un traité ! »⁵⁵.

⁵¹ MAUS, D. L'influence du droit international contemporain sur l'exercice du pouvoir constituant. in *Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de Gérard CONAC*. Paris : Economica, 2001. p. 90.

⁵² Allemagne, Espagne, Irlande, Portugal et France.

⁵³ 6 révisions sont déjà intervenues, en France, pour permettre de ratifier un traité ou des décisions cadre de l'Union européenne.

⁵⁴ LEVAIDE, A. Le cadre constitutionnel du débat de révision de la constitution. Commentaire de la décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 « Traité établissant une Constitution pour l'Europe », consultable sur <http://www.robert-schuman.org/supplement/sup191.htm>. Mai 2005.

⁵⁵ LEVAIDE, A. Art. précité.

Reste que, pour séduisante que soit la démonstration de l'auteur, le débat sur la place du droit communautaire dans notre hiérarchie des normes est loin d'être clos. Nous en donnons pour preuve les commentaires pléthoriques de la doctrine⁵⁶ intervenus après la décision du Conseil constitutionnel relative à la « Loi pour la confiance dans l'économie numérique »⁵⁷ mais surtout après qu'un grand quotidien français ait titré – un peu rapidement – « Le Conseil constitutionnel consacre la suprématie du droit européen »⁵⁸. A cette occasion, J. Pierre Camby se demande si le droit communautaire est « soluble dans la Constitution »⁵⁹. Mais il nous semble que la question aurait pu être formulée dans un sens différent : notre Constitution n'est-elle pas « absorbée » par le droit communautaire ? Nous tenterons de répondre à cette question dans notre seconde partie.

Quoi qu'il en soit, cette obligation de compatibilité au droit communautaire va se doubler d'une obligation de conformité à des standards européens.

2. La « conformité » des Constitutions européennes aux standards de la démocratie pluraliste

Il s'agit ici de décrire les mécanismes de « standardisation » des Constitutions européennes. C'est un phénomène de pouvoir constituant « guidé ou assisté »⁶⁰ dont la finalité est différente. Il ne s'agit pas d'assurer le retour ou le maintien de la paix, – bien que là encore, on ne puisse pas totalement exclure cette situation – mais de mettre en place les structures constitutionnelles nécessaires au rétablissement ou à la création d'un régime démocratique. C'est aussi la fonction de la Constitution « négociée » qui change. Elle est destinée à justifier l'intégration d'un Etat démocratiquement défaillant dans un espace de droit public standardisé, l'espace européen en l'occurrence. Bien entendu, tout cela appelle quelques éclaircissements et ces deux termes sont évidemment complémentaires : la défaillance démocratique ne s'appréciant qu'à partir d'un standard démocratique reconnu et considéré comme légitime.

Cette « standardisation » s'est produite à partir de deux situations particulières : d'abord l'adoption – construction – du modèle de la démocratie pluraliste comme modèle européen, puis par l'exportation de ce modèle au moyen de l'ingénierie constitutionnelle.

a/ L'influence du modèle européen

L'exemple de la Constitution espagnole de 1978 vient naturellement à l'esprit : « sa « porosité » aux modèles étrangers est soulignée par de nombreux commentateurs. D'après Francisco Rubio-Llorente, peu d'articles dans cette Constitution ne sont pas redevables à l'un ou l'autre des modèles étrangers parmi lesquels il place en premier la loi fondamentale allemande suivie de près par les Constitutions italienne, française et portugaise »⁶¹.

⁵⁶ Selon le site du Conseil constitutionnel, il aurait à ce jour pas moins de 35 commentaires de cette décision, par les plus grands juristes français. Les références doctrinales peuvent toutes être consultées sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/doctrine/2004496dc.htm>.

⁵⁷ Décision 2004-496 DC du 10 juin 2004.

⁵⁸ Voir *Le Monde*, 17/06/2004.

⁵⁹ CAMBY, J. P. Le droit communautaire est-il soluble dans la Constitution ?, *R.D.P.*, 2004 (4), pp. 878-888.

⁶⁰ Selon la formule employée par VERGOTTINI, G de. *Le transizioni costituzionali, sviluppi crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*. Bologna : Il Mulino. 1998, p.164.

⁶¹ GERKRATH, J. op. cit., p. 57.

C'est l'exemple le plus frappant de l'influence d'un modèle constitutionnel occidental⁶². Au sortir du Franquisme, il s'agit d'affirmer une véritable volonté de démocratie en allant chercher ses sources dans les textes européens existants⁶³. C'est ainsi que la constitution espagnole va intégrer les droits de l'homme et créer un tribunal constitutionnel organisé sur le modèle italien⁶⁴. Mais les constituants vont aller plus loin que leur modèle, en protégeant les libertés individuelles beaucoup plus sûrement que dans la plupart des démocraties européennes avec la possibilité du recours *d'amparo*⁶⁵.

Le modèle constitutionnel européen était né et, avec lui, une sorte d'obligation de se conformer à un standard démocratique⁶⁶. Les éléments de ce modèle peuvent être aisément résumés. Joël Gerkrath⁶⁷, après avoir remarqué que c'est le constitutionnalisme européen qui est à l'origine des principes qui forment le modèle européen, fait une synthèse de toutes ces exigences : existence d'une Constitution dont la primauté est effectivement assurée (par une procédure de révision spécifique et par un contrôle de constitutionnalité des lois), la démocratie représentative et pluraliste (c'est-à-dire un suffrage universel libre), la protection des droits de l'Homme (nous y ajouterons une protection particulière pour les minorités), l'Etat de droit (caractérisé par la prééminence du droit et l'indépendance du pouvoir judiciaire), la séparation des pouvoirs, l'ouverture du droit interne au droit international.

Une fois ce modèle adopté, il a été érigé en « standard minimum » par les instances européennes, avec à sa tête, le Conseil de l'Europe. Il s'est agit alors de convertir tous les futurs « prétendants » à la religion de « la mariée Europe ».

⁶² Autres exemples : la Constitution grecque de 1974 et la Constitution portugaise de 1976 pour citer les principaux. Ces deux Constitutions sont néanmoins beaucoup moins imprégnées du nouveau modèle européen de l'après guerre que ne l'est la Constitution espagnole. Pourtant, le texte grec est nettement inspiré de la Constitution française de 1958 en ce qui concerne les pouvoirs du Président de la République, élu par l'Assemblée nationale. En 1986, une révision dans le sens d'un retour au parlementarisme moniste a été réalisée et le Chef de l'Etat a été doté d'attributions comparables à celles du Président allemand.

La Constitution portugaise, quant à elle, reste conforme au modèle français et largement soumise à la lecture présidentialisée ou parlementaire qu'en a le Président de la République. Le Général Eanes a d'ailleurs exercé ses pouvoirs de manière autoritaire avant que « cette pratique " weimarienne " des institutions n'ait été enrayée, en droit, par la révision constitutionnelle de 1982 qui, supprimant le Conseil de la Révolution, a aussi réduit les pouvoirs présidentiels, puis, en fait, par l'élection à la présidence de Mario SOARES en 1986 [...] qui s'en est tenu à une lecture très " parlementariste " de ses attributions ». (Voir LAUVAUX, P. Existe-t-il... art. précité. p. 57

⁶³ « Le premier des aspects de la partie dite dogmatique où sont notables les influences et parallélismes juridiques comparés, est la formulation même des « Droits et devoirs » selon la dénomination donnée au titre Ier [...]. Du point de vue de la politique juridique, cette réception normative formelle aurait été un pas gigantesque vers l'internationalisation des droits de l'Homme et le rapprochement Espagne - Europe [...] » In HERRERO de MINON, M. Les sources étrangères de la constitution. *Pouvoirs*. 1978, n°8, p.101.

⁶⁴ c'est-à-dire avec la possibilité de saisir le tribunal par voie d'exception.

⁶⁵ « Si les sources espagnoles sont prioritaires, la Constitution a néanmoins reçu de notables influences étrangères dont la diversité tend à la réalisation d'une synthèse institutionnelle européenne. » in LAUVAUX, P. Existe-t-il...art. précité. p. 55.

⁶⁶ « Les Etats [...] sont touchés par le phénomène d'imitation d'institutions constitutionnelles car aucun d'entre eux ne peut rester indifférent à la façon dont les autres sont gouvernés, parce qu'il sont tous soumis à ce que Bertrand de Jouvenel a appelé la " concurrence politique " », in ESCARRAS, J-C. Introduction à une recherche... art. précité. p.72.

⁶⁷ GERKRATH, J. *op. cit.*, p.62.

b/ L'ingénierie constitutionnelle⁶⁸

Traduite littéralement du « Constitutional Engineering » américain, l'ingénierie constitutionnelle est clairement posée comme le préalable à tout passage vers l'économie de marché et la démocratie. Elle répond, par anticipation, à la demande des pays de l'Est espérant un texte constitutionnel de type « utilitariste » c'est-à-dire légitimateur. Elle permet, en outre, le recours à des formes de « normativisme démocratique » en proposant un modèle politique européen : la démocratie constitutionnelle. L'ingénierie est reliée à une idée quasi religieuse, représentée par l'image des « Pèlerins constitutionnels » que l'on retrouve dans une doctrine relativement récente⁶⁹ et dont le point central serait une obligation morale d'assistance aux nouveaux régimes. C'est dans la période de « l'après 89 » que les expériences « d'ingénierie constitutionnelle » se sont développées. Pour répondre aux exigences de ce nouveau droit, les Etats orientaux font appel à des experts, « faiseurs de Constitutions ». Vlad Constantinesco remarque à juste titre que « les responsables de l'époque ont cherché à se couler dans des moules constitutionnels établis ailleurs comme pour se donner un brevet de démocratie pluraliste, respectueuse des droits de l'homme, moules capables de faciliter l'entrée de ces pays dans des structures occidentales telles le Conseil de l'Europe, et, à terme, l'Union européenne »⁷⁰, ajoutant fort à propos que ceux-ci se sont comportés devant l'achalandage constitutionnel occidental comme leurs populations devant les étalages des supermarchés de l'Ouest »⁷¹.

Les conséquences de ce phénomène vont à l'encontre des principes du droit constitutionnel : le pouvoir constituant est « mis sous tutelle » – quand il n'est pas confisqué – et les Constitutions s'inscrivent dans le moule démocratique européen sans que pour autant ne soit contrôlée l'effectivité des règles prescrites.

Si l'on veut bien dresser un bilan des différents cas d'internationalisation des Constitutions nationales, il faut bien admettre qu'il « choque » nos certitudes de juristes élevés au bon lait du « kelsenisme » et habitués à raisonner dans le cadre national. Nos Constitutions « ne sont plus ce qu'elles étaient » ! Certes. Mais l'Etat lui-même a changé en acceptant d'intégrer l'espace européen. Il est temps d'en tirer les conséquences.

II : Des Constitutions « génétiquement modifiées »

« Internationalisation des Constitutions nationales » : l'expression traduit une forme d'impossibilité théorique à rendre compte de l'évolution historique et politique du droit constitutionnel européen. C'est la pensée qui bute contre la réunion, dans une même notion, de prédicats apparemment contradictoires.

⁶⁸ Voir sur ce point : TORCOL, S. *Les mutations du constitutionnalisme à l'épreuve de la construction européenne. Essai critique sur l'ingénierie constitutionnelle*. Toulon : Thèse Droit public. 2002. 402 p. (dir. J.Jacques SUEUR), (publication Lille : A.N.R.T.).

⁶⁹ DUHAMEL, O. Le pèlerin constitutionnel. *Revue Belvédère*. juin-juillet 1991, n°2 ; ou encore DORANDEU, R. art. précité.

⁷⁰ CONSTANTINESCO, V. Débats – Rapport LAUVAUX. In FLAUSS, J.-F. (dir) *Vers un droit constitutionnel européen. Quel droit constitutionnel européen ? Actes du colloque des 18 et 19 juin 1993*. In R.U.D.H. 29 décembre 1995, vol. 7, p. 371.

⁷¹ *Ibid.*, p. 448.

Pour rendre « pensable » et surtout « acceptable » ce phénomène d'internationalisation, il convient donc de procéder à une analyse critique des principaux éléments qui constituent, structurent – au sens propre du terme – la théorie traditionnelle du pouvoir constituant : un fixisme très compréhensible parce qu'il correspond à une période bien délimitée de l'histoire constitutionnelle des Etats occidentaux. L'écriture de la constitution se fait « en circuit fermé », et en référence à un seul et même principe de légitimité politique, hérité de la philosophie des Lumières. Il n'est pas difficile de comprendre pourquoi ce schéma ne fonctionne pas dans le cadre de l'Union européenne : ici, en effet, l'ordre de succession des facteurs intervenant dans la genèse de l'Etat est inversé, ce qu'on peut traduire – par analogie avec la terminologie en vigueur chez les privatistes – par le fait que nous passons d'une conception « fondatrice » ou « fondative » (préexistence du donné national) à une conception « corporatiste » (c'est le droit qui est facteur de légitimité de l'acte constituant)⁷². Or, le constitutionnalisme classique, fortement inspiré par la théorie française, a contribué à faire de la nation le premier sujet du droit dont découlerait l'existence de l'Etat et de la Constitution. C'est à cette approche « essentialiste », c'est-à-dire axée sur l'importance de l'origine de l'acte constitutionnel « nationalisé » que s'oppose le concept d'internationalisation. Cette approche implique une conception instrumentalisée de la Constitution, où seul le peuple ou la nation peuvent être à l'origine du pouvoir constituant.

C'est le cadre de pensée de Sieyès ; c'est aussi la thèse que défend Carl Schmitt en affirmant qu'« une Constitution ne repose pas sur une norme dont la justesse serait la raison de sa validité. Elle repose sur une décision politique émanant d'un être politique ». Et ce même C. Schmitt d'ajouter : « Le pouvoir constituant est un et indivisible. Ce n'est pas un pouvoir supplémentaire qui coexiste avec d'autres " pouvoirs " distincts (législatif, exécutif et judiciaire [...]). Il fonde en les englobant tous les autres " pouvoirs " et " séparation des pouvoirs " »⁷³.

Cette conception, qui domine encore la plupart des analyses juridiques contemporaines, rend impossible toute justification théorique du phénomène d'internationalisation des Constitutions nationales. Nicolas Maziau rejette vivement la rigidité de cette doctrine : « Cette approche est proprement « archaïque » et, de ce fait, datée. Elle ne prend pas en compte le développement du droit international et de ses nouveaux mécanismes d'intervention et ne saisit pas que la légitimité constitutionnelle ne réside plus exclusivement dans la volonté exprimée – en substance et non pas seulement formellement – par la nation mais peut également être, dans certaines circonstances, le produit de la communauté internationale qui, à l'appui de ses priorités exprimées par la Charte des Nations-Unies dont la légitimité universelle est incontestable, utilise les ressources de la normativité internationale »⁷⁴. Force est de constater que, face à cette tradition française qui « normativise » le concept de nation en faisant de la Constitution l'expression de la volonté de la nation-peuple, – volonté de création d'un Etat – d'autres conceptions existent et peuvent produire des théories alternatives.

D'abord la tradition anglaise – la plus ancienne – qui a permis de penser la liberté individuelle de façon concrète, mais surtout de présenter une conception basée sur une vision historique de la norme constitutionnelle. La Constitution « produit de l'histoire » plutôt que « produit de la nation », voilà qui laisse déjà entrevoir la possibilité d'appuyer notre analyse sur d'autres postulats méthodologiques.

⁷² Nous nous référons en particulier à la distinction bien connue, entre corporations et fondations, telle qu'elle a été présentée et exploitée par exemple par CONSTANS L. dans son travail sur la notion de personnalité morale en droit public : cf. *Le dualisme de la notion de personne morale administrative en droit français*. Paris : Dalloz, 1966. 264 p.

⁷³ SCHMITT, C. *Théorie de la constitution*. Paris : P.U.F., 1993. pp. 212-213.

⁷⁴ MAZIAU, N. art. précité. p. 8.

Mais c'est la tradition américaine qui nous semble la plus intéressante parce que la plus « adaptable » à l'évolution des faits. Le constitutionnalisme américain est beaucoup plus formaliste mais beaucoup moins dogmatique que les autres. En effet, dans cette conception, la Constitution est avant tout un ensemble de mécanismes de répartition du pouvoir et d'organisation des institutions, elle est le texte qui régule les pouvoirs publics, quel que soit son mode d'adoption, dès qu'il parvient à imposer le respect des règles établies.

Ces différentes approches du constitutionnalisme nous permettent de mesurer à quel point les concepts du droit constitutionnel sont dépendants des traditions historiques étatiques ou encore des courants philosophiques. Ces derniers sont toujours présents, mais mis à contribution de nos jours pour rendre compte d'un phénomène qui est d'une toute autre nature. Il nous appartient alors de démontrer que des adaptations de la notion de « Constitution » sont possibles et permettent d'envisager ce phénomène d'internationalisation avec un regard nouveau. La Constitution n'est plus uniquement l'acte de fondation d'un Etat nation (A). Elle est désormais la Constitution d'un Etat-membre de l'Union européenne et porte en elle les stigmates de sa dualité (B).

A. La Constitution n'est plus uniquement l'« acte de fondation » de l'Etat

Que la Constitution soit un phénomène complexe et polysémique, nul n'en doute⁷⁵. Il est d'ailleurs frappant de constater que la plupart des exposés ayant trait à l'objet « Constitution » commence par une mise en garde au lecteur, prenant la forme d'une distinction préliminaire : il y a deux sens au mot, au moins. Deux acceptions possibles de la notion, qui d'ailleurs ne se recoupent pas nécessairement⁷⁶. Cette sorte d'unanimité sur la complexité du mot⁷⁷ a été considérablement enrichie par les travaux d'O. Beaud et d'O. Cayla

⁷⁵ « La notion de Constitution est l'une des notions juridiques les plus complexes et est susceptible de définitions divergentes. C'est une notion apparemment simple mais dont chacun propose sa propre définition, témoignant ainsi de sa fausse évidence et de sa profonde complexité » : GERKRATH J. op. cit., p. 31. citant ROUSSEAU, D. Constitution. in Duhamel, O. et Mény, Y. *Dictionnaire constitutionnel*. Paris : P.U.F., 1992. p. 208.

⁷⁶ Cf. ZOLLER, E. *Droit constitutionnel*. 2e éd. Paris : P.U.F., 1999. chapitre introductif, pp. 9-56 ; mais aussi TROPER, M, et Jaume, L. (dir) 1789 et l'invention de la Constitution. Bruxelles : Bruylant ; Paris : L.G.D.J., 1994. 302 p.

⁷⁷ Il suffit pour s'en convaincre de lire les auteurs les plus éminents : Paul Bastid, par exemple, consacre un chapitre entier au « sens du mot Constitution » (L'idée de constitution. Paris : Economica, 1985. Chapitre 1), puis un autre chapitre à « la notion juridique de Constitution » en soulignant à chaque étape, les « acceptions différentes » que revêt la notion. Procédant ensuite à une analyse historique, il démontre l'évolution de l'idée constitutionnelle à travers les âges pour terminer par « un coup d'œil général sur la signification actuelle des Constitutions » (ibid., Chapitre XVIII) dénonçant par là même, un concept mouvant soumis aux attaques du temps et à l'idéologie ambiante.

De même, est-il besoin de rappeler la célèbre controverse qui à trente ans de distance vit Dominique Rousseau répondre à Georges BURDEAU sur la valeur du mot « Constitution » : d'une « survivance » (Une survivance : la notion de Constitution. In *L'évolution du droit public : Etudes offertes à Achille Mestre*. Paris : Sirey, 1956. p. 53) de la notion en 1956, on assiste à sa « résurrection » (ROUSSEAU, D. Une résurrection : La notion de Constitution. *R.D.P.* 1990, pp. 5-22) en 1990. De là à considérer, en ce début de troisième millénaire, que la notion de Constitution n'est plus que la pâle « réincarnation » d'un concept qui n'aurait pas survécu à la construction européenne, le pas peut sans doute être franchi. Car la Constitution n'est plus la même, elle doit évoluer dans une autre dimension où le cadre de référence n'est plus l'Etat-nation.

Sur ce dernier point, voir l'analyse similaire mais la conclusion différente de PIERRE-CAPS, S. Les mutations de la notion de Constitution et le droit constitutionnel. *Civitas Europa (Revue)*. Les mutations de la notion de Constitution, entre mondialisation et nouveaux conflits, Mars 2001. n°6, p. 39. « Les mutations de la notion de Constitution ces cinquante dernières années pourrait s'apparenter

sur l'acte constituant : prenons garde, nous disent en substance ces auteurs, de ne pas confondre le résultat (la Constitution) avec le processus qui y conduit ; ce dernier étant de nature irréductiblement politique, déconcertant par conséquent pour le juriste positiviste.

L'intérêt de ces travaux est double. Ils nous amènent en effet, à nous interroger de manière générale sur l'une des notions clés du droit public moderne, mais rendent possible aussi une approche « pacifiée » de la notion de Constitution dans l'espace européen. La doctrine (dans sa grande majorité) persiste encore à opposer – au lieu de concilier – une vision « interniste » de la Constitution, norme fondamentale, loi suprême..., et celle nécessairement plus problématique qui devrait prévaloir en droit européen ou en droit international (G. Scelle n'évoquait-il pas l'idée d'une Constitution mondiale ?).

3. La notion de « Constitution » n'est pas figée

Le problème auquel sont aujourd'hui confrontés les juristes se résume à cette contradiction : si les auteurs classiques ont pu, dans un premier temps, affirmer que « la nation crée la Constitution »⁷⁸, qui elle-même donne ses fondements à l'Etat, comment est-on arrivé à admettre – ou plus justement à provoquer – des « Constitutions internationalisées » ?

Le constat est clairement posé par S. Pierré-Caps : « Cette ' exaltation métaphysique de la Constitution ' que stigmatisait P. Bastid en y voyant l'héritage des révolutionnaires français [...] se heurte à la réalité historique et contemporaine des faits »⁷⁹.

Afin de rendre compte de cette réalité, certains auteurs⁸⁰ proposent – paradoxalement – de remettre en vigueur les propositions de M. Hauriou⁸¹ – sous la III^{ème} République – sur la dualité de la notion de Constitution. Au principe de cette dualité, il existerait dans toutes les Constitutions nationales d'aujourd'hui, deux grandes catégories de dispositions : celles qui organisent la séparation des pouvoirs, distribuent la légitimité et les compétences entre les institutions et règlent leurs relations – ce que M. Hauriou appelait la « Constitution politique » – et les dispositions relatives aux droits fondamentaux et à leur protection – ce que M. Hauriou appelait la « Constitution sociale ». Celui-ci accordait d'ailleurs une légitimité supérieure à la Constitution sociale – supérieure à la Constitution elle-même. Et, « en ajoutant que la Constitution sociale, qui a pour base les droits individuels, n'est pas autre chose que la Constitution de la communauté nationale », ⁸² il mettait ainsi en avant cette

à une histoire qui commence mal et qui finit bien, du moins si l'on en juge par les variations doctrinales qu'elle a suscitées. Pour ne considérer que le seul contexte français, nous aurions été successivement convoqués au chevet d'un moribond, puis d'un lazare, avant d'être invité à célébrer un phénix et à communier dans la 'rénovation' du droit constitutionnel selon le mot du manifeste ouvrant la première livraison de la *Revue Française de Droit Constitutionnel*. »

Enfin, pour J. Gerkrath met lui aussi en avant la polysémie du mot. Il y aurait autant de définitions possibles qu'il y a d'Etats au monde puisque chaque Etat dispose d'une Constitution au sens large, c'est-à-dire d'un ensemble de règles, même les plus rudimentaires qui soient, qui l'organisent. Ce qui revient à affirmer, *a contrario*, que là où l'anarchie ne règne pas, il y a obligatoirement une Constitution. Il en résulte une multitude – et par conséquent une diversité extraordinaire – de Constitutions étatiques : « Dans la majeure partie des Etats existant à l'heure actuelle, la doctrine a pu développer sa propre définition de la fonction de Constitution. Une telle définition est le produit de l'histoire constitutionnelle, de la culture juridique nationale et du droit constitutionnel en vigueur. La notion de Constitution est, en outre, tributaire du langage juridique et tout simplement de la langue nationale, de la richesse terminologique et de sa logique interne. » Voir son ouvrage précité : *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*. p. 31.

⁷⁸ PIERRE-CAPS, S. Le constitutionnalisme et la nation... art. précité. p. 70.

⁷⁹ PIERRE-CAPS, S. Les mutations de la notion de Constitution ... art. précité. p. 40.

⁸⁰ ROUSSEAU, D. ou encore PIERRE-CAPS, S.

⁸¹ HAURIOU, M. *Précis de droit constitutionnel*. 2e éd. Paris : Sirey, 1929. 759 p.

⁸² PIERRE-CAPS, S. Les mutations de la notion de Constitution... art. précité. p. 40.

dualité. Il devenait alors possible d'analyser la Constitution comme « tout à la fois construction historique, résultat de l'action et du combat des hommes et œuvre rationnelle, produit de l'esprit humain »⁸³. C'est donc pour avoir oublié cette ambivalence que le droit constitutionnel moderne se heurterait indéfiniment au particularisme des sociétés concrètes.

Cette dualité – toujours selon ces auteurs – permettrait alors d'appréhender une partie des problèmes soulevés par l'internationalisation des constitutions nationales. Cependant D. Rousseau et S. Pierré-Caps ne s'accordent pas sur la portée du phénomène et sur la conclusion à en tirer.

D. Rousseau propose d'analyser la convergence des droits constitutionnels européens en fonction de la coexistence de ces deux Constitutions⁸⁴. Si, s'agissant de la Constitution politique, il est clair que les divergences continuent de l'emporter ; en revanche, s'agissant de la Constitution sociale, les convergences l'emporteraient par l'effet d'interprétations jurisprudentielles identiques concernant la protection des droits fondamentaux.

Cette explication est-elle suffisante pour justifier l'évolution de la notion de Constitution ? S. Pierré-Caps s'insurge contre « le danger de ce nouvel avatar du droit naturel qui entend s'imposer à la Constitution normative elle-même et qui subvertit les fondements du droit interne »⁸⁵ car il fait de ceux qui s'ingèrent dans les Etats, les vecteurs exclusifs de l'universalité des principes justifiant une ingérence qui est toujours le fait des Etats occidentaux.

Pour séduisante que soit la distinction de deux Constitutions – sociale et politique – proposée par M. Hauriou et récemment remise à l'honneur – elle ne permet pas, selon nous, d'appréhender la globalité des contradictions que nous avons évoquées. Elle occulte en effet – et cela n'a rien que de très normal au regard de l'époque où cette théorie a été posée – la nouvelle dimension européenne de l'acte constituant. Il nous semble donc que c'est dans une autre dualité de la notion de Constitution qu'il faut rechercher la solution. La Constitution, pensée dans un cadre exclusivement étatique doit aujourd'hui s'adapter à un espace juridique européen. Elle est donc, tout à la fois « acte de fondation » (A) du pouvoir politique national et « acte d'adhésion » à l'espace européen (B).

En admettant cette nouvelle dualité du texte constitutionnel, on peut alors s'interroger d'une manière beaucoup plus fructueuse, selon nous, sur l'évolution possible de la notion dans le contexte européen qui constitue le cadre de cette étude.

4. La vision « créationniste » de l'acte constituant doit être remise en cause

La nation est le titulaire du pouvoir constituant : c'est elle qui crée la Constitution. « Plus précisément, c'est cet exercice du pouvoir constituant par la nation qui la constitue aussi en un corps politique unitaire, 'une unité de volonté et d'action' par le truchement de la représentation »⁸⁶. C'est l'idée de Sieyès qui affirme : « La nation existe avant tout, elle est l'origine de tout, sa volonté est toujours légale, elle est la loi elle-même »⁸⁷.

Selon P. Pasquino, pour comprendre l'idée de nation chez Sieyès, il faut considérer que même « si la conception immanente et sécularisée de l'Etat est la précondition nécessaire du concept de pouvoir constituant, il convient de souligner le caractère second de cette doctrine »⁸⁸. Car pour Sieyès, l'acte qui met la Constitution en vigueur est « un acte impératif

⁸³ *Idem.*

⁸⁴ Voir ses développements : ROUSSEAU, D. La notion de patrimoine ... art. précité. pp. 35-36.

⁸⁵ *Ibid.*, p.44.

⁸⁶ PIERRE-CAPS, S. Le constitutionnalisme et la nation...art. précité. p. 70.

⁸⁷ SIEYES, E. cité par PASQUINO, P. Sieyès et l'invention de la Constitution en France. Paris : Odile Jacob, 1998. p. 62.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 64.

de la nation tirant du néant et organisant la hiérarchie du pouvoir »⁸⁹. C'est la même idée que défend C. Schmitt lorsqu'il affirme – à la suite de Sieyès – « Le peuple, la nation reste l'origine de tout évènement politique, la source de toutes les énergies qui s'extériorisent dans des formes toujours nouvelles, qui produit de son sein des formes et des organisations toujours nouvelles, mais qui ne soumet elle-même jamais son existence politique à une mise en forme définitive »⁹⁰. Suivant cette logique, le pouvoir constituant est décrit et analysé comme un processus de volonté émanant d'une entité souveraine parce que finie : nation ou peuple. Il est paradoxal que la vision schmittienne de l'Etat rejoigne ici – parce qu'elle correspond à la même phase historique dans la construction de l'Etat – les idées constitutionnelles de Sieyès. Or c'est justement cette vision « créationniste » de l'acte constituant qui est remis en cause de nos jours⁹¹.

L'adéquation des Constitutions nationales aux exigences de la construction européenne « implique ainsi que l'exercice du pouvoir constituant apparaisse de façon croissante comme conditionné par l'ordre supranational »⁹². Deux exigences viennent par conséquent « conditionner » l'acte constituant de l'Etat membre : il doit traduire dans sa Constitution nationale les règles de la démocratie constitutionnelle que lui impose son appartenance européenne mais il doit également – et de façon continue – adapter son texte aux exigences du droit communautaire. De ce fait, l'enchevêtrement des éléments nationaux et européens dans les droits nationaux aboutit à la formation d'un système complexe « qui n'est pas seulement une « association d'Etats » ou une union des peuples mais aussi un « réseau constitutionnel » (*Verfassungsverbund*) ainsi que le souligne à juste titre Ingolf Pernice »⁹³. Et le pouvoir constituant des Etats membres ne peut être qu'un pouvoir « mixte » ou « hybride » : on est loin ici du concept classique du pouvoir constituant exercé par un peuple formant une unité homogène.

Dans le cadre de la construction européenne, la référence au pouvoir constituant prend un caractère technique beaucoup plus modeste qui traduit une situation transitoire : moment où ni les Etats membres, ni l'Union européenne ne peuvent être considérés comme souverains, les premiers parce qu'ils ne le sont plus vraiment, la seconde, parce qu'elle ne l'est pas encore. Ce pouvoir constituant momentanément « dédoublé » pour servir des niveaux de souveraineté différents résulte d'un processus, qu'à défaut de cautionner – pour l'instant – nous ne pouvons que constater.

Tout ceci ne peut être assimilé à aucun phénomène connu. La construction européenne met en œuvre un processus « nouveau », « inédit », « *sui generis* » selon les termes utilisés par une doctrine désorientée qui refuse la plupart du temps de tirer les conséquences de ces constatations. Sommes-nous prêts à accepter l'adaptation des concepts du droit constitutionnel interne dans un espace européen ?

B. La Constitution est un « acte d'adhésion » à l'Europe démocratique

Dans la perspective de la construction européenne, en effet, la Constitution devient un **acte d'adhésion à un espace politique européen**. En acceptant de se soumettre aux règles

⁸⁹ Formule de BOUTMY, E. *Etudes de droit constitutionnel* : France, Angleterre, Etats-Unis. 3e éd. Paris : Plon, 1909. p. 241. Cité par. PASQUINO, P. op. cit., p. 65.

⁹⁰ SCHMITT, C. op. cit., p. 215.

⁹¹ PIERRE-CAPS, S. *Le constitutionnalisme et la nation...* art. précité. p. 72.

⁹² GERKRATH, J. *Ibid.*, p. 278.

⁹³ GERKRATH, J. op. cit., p. 278.

communautaires, l'Etat-membre produit un texte qui est tout à la fois « une vitrine démocratique », « un catalogue des droits fondamentaux » et surtout un « ticket d'accès » au Conseil de l'Europe et à l'Union européenne. On est très loin de la Constitution « acte sacré » qui a prédominé pendant des siècles. Est-on toujours seulement en présence d'une Constitution ?

Pour Joël Gerkrath, il existerait « une notion européenne de Constitution »⁹⁴ résultant de l'adhésion des Etats européens à un modèle constitutionnel commun. Cette notion recouperait « la notion idéale de Constitution bourgeoise » de C. Schmitt. C'est d'ailleurs la même conception qu'exprime A. Manassis lorsqu'il affirme que, dans le domaine européen, on assiste à un réaménagement des catégories traditionnelles consacrées. Ainsi, selon lui, il existe une influence réciproque « qu'exercent les unes sur les autres, les Constitutions des différents Etats, ainsi que la tendance à l'assimilation et à l'internationalisation des réglementations constitutionnelles. [...] D'ailleurs, nul ne conteste plus la réalité d'un " patrimoine " culturel commun aux Etats européens [...] »⁹⁵. Mais l'auteur avance une autre explication aux dépassements de la notion de Constitution et à l'homogénéisation des ordres juridiques étatiques : le phénomène juridico-politique essentiel à notre époque est l'infiltration de règles nationales (supra étatiques et supranationales) dans l'ordre juridique interne des Etats, « infiltration qui entraîne altération et relativisation du caractère normatif de la Constitution, qui tend à devenir " volontairement " perméable »⁹⁶. Ce phénomène traduirait une inversion des rapports entre droit international et droit interne en ce qui concerne le fonctionnement de la souveraineté.

Par conséquent, le problème principal qui se pose à l'évolution de la notion de Constitution dans un contexte européen, c'est qu'elle est traditionnellement attachée à l'Etat. Or, comme le souligne Joël Gerkrath, « un grand nombre de fonctions classiques ou nouvelles de l'Etat souverain ne peuvent en effet plus être exercées par un Etat agissant seul »⁹⁷. Dès lors, si l'on admet l'existence d'un pouvoir public spécifique – détenu par une organisation supranationale, distincte du pouvoir des Etats membres – ne peut-on pas admettre que le phénomène constitutionnel peut se réaliser en dehors de l'Etat ... et surtout en dehors de l'Etat-nation ? « En réalité un droit constitutionnel européen n'est-il pas, depuis plusieurs années, en train d'émerger devant nous, autour des interactions complexes qu'entretiennent une pluralité d'ordres juridiques, nationaux et internationaux ? »⁹⁸. Les influences croisées de

⁹⁴ GERKRATH, J. op. cit., p. 51.

⁹⁵ MANASSIS, A. La constitution au seuil du XXI^e siècle. précité. p. 675.

Pour cette référence au « patrimoine culturel commun » : Voir dans le même sens PIERRE-CAPS, S. La Constitution démotique ou les mutations de la Constitution au seuil du XXI^e siècle. in Mélanges en l'honneur de F. BORELLA. Etat, société et pouvoir à l'aube du XXI^e siècle. Nancy : P.U. N., 1999. p. 407. : « Le droit constitutionnel n'apparaît donc pas comme une construction toute faite, mais il est le résultat d'une construction historique dont la force agissante n'est pas tant l'esprit que le combat des hommes ». A ce constat, S. Pierre-Caps apporte une explication : le droit constitutionnel se réduirait aujourd'hui à un droit constitutionnel politique. Face au « désarroi de l'herméneutique constitutionnelle » mais aussi et surtout, à cause de l'émergence en Europe, d'un « ordre constitutionnel commun, fruit des évolutions constitutionnelles nationales et des structures européennes ». (mis en gras par nous). Pour l'auteur, cet ordre serait issu d'une sorte de jus commune en formation, fruit des évolutions constitutionnelles nationales et des structures européennes, qui exprimerait une véritable culture juridique européenne et que l'on pourrait tout aussi bien appeler « patrimoine constitutionnel européen ».

⁹⁶ MANASSIS, A. La constitution... art. précité. p. 677.

⁹⁷ GERKRATH, J. op. cit., p. 89.

⁹⁸ Voir à ce sujet son rapport de synthèse : CONSTANTINESCO, V. L'émergence d'un droit constitutionnel européen, in Vers un droit constitutionnel européen... op. cit., pp. 445-450.

ces ordres juridiques dissemblables, enserrent les Etats européens dans « un filet normatif et juridique »⁹⁹ dont le juriste se doit aujourd'hui de prendre la mesure.

CONCLUSION A TERMINER

C'est ce que nous avons tenté de faire : décrire, expliquer, le phénomène d'internationalisation des Constitutions nationales. Mais doit-on l'accepter pour autant ? Comme le rappelle Max Weber¹⁰⁰, « toutes les dominations cherchent à éveiller et à maintenir la croyance en leur légitimité ». L'Union Européenne peut aujourd'hui être considérée comme une domination au sens wébérien du terme, c'est-à-dire qu'elle constitue un espace dans lequel elle a de fortes chances de trouver obéissance de la part des citoyens des Etats-membres.

Alors d'aucuns se sont pris à justifier cette domination par un « principe de tolérance constitutionnelle » au prétexte qu'une union n'est soudée que si les différences entre les peuples sont effacées, que ceux-ci partagent des intérêts communs et qu'ils aspirent à ne plus faire qu'un : « En termes politiques, le principe de tolérance constitutionnelle s'exprime de façon exemplaire dans l'organisation de la Communauté, qui ne répond pas aux principes du constitutionnalisme classique. [...] L'Europe est donc une communauté politique de nature différente, dont la principale caractéristique est de reposer sur l'acceptation volontaire de normes juridiquement contraignantes, émanant de groupes distincts. Ainsi on dit aux Québécois qu'ils sont forcés d'obéir au nom du peuple canadien ; aux Français, Italiens et Allemands, qu'ils sont invités à obéir au nom des peuples européens. L'obéissance constitutionnelle est requise dans les deux cas. Dès lors que la soumission est volontaire et qu'elle se reproduit, elle constitue aussi un acte d'émancipation, qui libère de l'arrogance collective et du fétichisme constitutionnel. Elle est l'expression même de la tolérance constitutionnelle.

Le principe de tolérance constitutionnelle n'est pas un concept à sens unique: il s'applique au niveau national comme au niveau communautaire »¹⁰¹.

⁹⁹ *Idem.*

¹⁰⁰ Weber, M. Economie et société, Paris : Presses Pocket, 1995, tome 1, p. 286.

¹⁰¹ WEILER. J. H. H. Fédéralisme et constitutionnalisme : le *sonderweg* de l'Europe. In DEHOUSSE, R. (dir) Une Constitution pour l'Europe ? Paris : Presses de Sciences Po, 2002. pp. 172-173. Coll. Références inédites.